MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

MAX-PLANCK-INSTITUT
FÜR EUROPÄISCHE RECHTSGESCHICHTE

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

www.rg.mpg.de

Max Planck Institute for European Legal History

research paper series

No. 2019-03 • http://ssrn.com/abstract=3320545

Alejandra Juksdivia Vázquez Mendoza

Delitos de los niños (DCH)

Published under Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

creative commons

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

Delitos de los niños (DCH)*

Alejandra Juksdivia Vázquez Mendoza**

1. Introducción

Desde la perspectiva canónica e indiana *los delitos de los niños* comprendían las acciones consideradas como ilícitas en las que participaban quienes aún no eran mayores de edad: infantes, impúberes y púberes, o quienes se equiparaban por su condición particular a ellos, y las penas que podían imponerse por tales faltas. Se partía de la idea de que la infracción de una norma jurídica o una disposición moral no se circunscribía sólo a los adultos, también podían delinquir quienes se consideraban como infantes.

El uso de la razón se convirtió en el elemento fundamental que determinaba la capacidad o incapacidad para imponer una pena u obligar por un precepto. Y, aunque regularmente se establecieron un número de años cumplidos a partir de los cuales se estimaba que ya la persona había aprendido a razonar, se reconoció la dificultad que existía para cerciorarse de que esa aptitud había llegado, por lo que también se consagraron una serie de excepciones para los casos en los que la malicia fuera más fuerte que la edad. En particular, para los indios, se estimó que por sus condiciones de precariedad, el uso de la razón llegaba más tarde en ellos y en especial con los indios rústicos que se criaban en los campos, a ellos había que atender de forma especial para exigir el cumplimiento de los preceptos eclesiásticos. El uso de la razón es una constante entre los jurisconsultos y la normatividad canónica indiana, aparece con frecuencia en Murillo Velarde,[1] Las Siete Partidas,[2] Peña Montenegro,[3] Solórzano[4] y Hevia de Bolaños.[5]

---

* Este artículo forma parte del Diccionario Histórico de Derecho Canónico en Hispanoamérica y Filipinas (S. XVI-XVIII) que prepara el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte.

** El Colegio de Michoacán.

1 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 258. Y agrega "presunción de derecho es que el que cumplió siete años tiene uso de razón" Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 23 De Praesemptionibus, No. 195. La traducción se tomó de Murillo Velarde (2004), Vol. 2, Libro Segundo, Pág. 180.

2 Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 1 De como deuen ser guardados los huerfanos, e los bienes que heredan despues de muerte de sus padres; Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 8 De los Omexillos, Ley 3 Por que razones, e en que casos, no meresce pena de homicida aquel que mata a otro ome.

3 Peña Montenegro, Itinerario, Libro 1, Trat. 4, Sección 1, No. 7.

4 Solórzano Pereyra, Política Indiana, Libro II, Cap. 28, Pág. 210, ¶30.

5 Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte III, Párrafo IX, Folio 198.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

Las fuentes del derecho indiano permiten observar que a lo largo del siglo XVI existe un consenso respecto de la incapacidad que guardan los menores, y los equiparados a ellos, para ser sancionados por cometer una conducta ilícita, pues se estimaba que los años de vida representaban el desarrollo de ciertas aptitudes necesarias para adquirir uso de razón y un buen juicio. Sin embargo, conforme las circunstancias e intereses de la monarquía se modifican, ya en el siglo XVIII,[6] la protección hacia los llamados incapaces cambia también, y con ello se disminuye la custodia y el amparo hacia los menores, decisiones que se reflejan en el aumento de las sanciones hacia aquellos que cometían delitos y que aún no se consideraban como mayores. El incremento a las sanciones se aprecia en la Novísima Recopilación, ya que para el año de 1734 se estableció que por los delitos de hurto y violencia cometidos en la Corte y en los lugares cercanos a ella, se debía imponer a los delincuentes que fueran mayores de quince años la pena de 200 azotes y 10 años de galeras, y, una vez cumplida la pena sólo el rey tenía la facultad para autorizar la salida del reo.[7]

En aras de comprender esta calidad especial de los niños, este artículo tiene como objetivo mostrar cuáles eran las penas que podían imponerse ante determinados delitos o faltas en los que participaran los menores y exponer cómo, tanto en el ramo espiritual como en el penal, los años de vida y las circunstancias de las personas permitían o denegaban el ejercicio de un derecho o la responsabilidad o irresponsabilidad ante un acto, lo que los convertía en personas inimputables. Finalmente, se ofrece un panorama sobre los debates historiográficos.

2. Edad

En la normatividad indiana se consideró que el trascurso de los años permitía al individuo alcanzar el uso de razón, requisito indispensable para actuar de forma responsable. Se valoró que a menor edad existía una mayor inocencia en el juicio,[8] imprudencia y carencia de gobierno en la persona.[9] Conforme trascurría el tiempo, además del desarrollo físico, los varones y las mujeres alcanzaban la madurez que les permitía ejercer una serie de actos y enfrentar las consecuencias por las decisiones tomadas. La edad era un parámetro que había que atender de forma primaria y obligatoria antes de aplicar un precepto, permitir un acto o imponer una sanción.

[6] Para conocer las circunstancias particulares que originaron los cambios en las políticas de la Corona véase Ruiz Torres (2007).

[7] Véase Novísima Recopilación (1885), Libro XII, Tít. XIV De los hurtos y ladrones, Ley III Pena de los que hurtaren en la Corte y cinco leguas; y prueba privilegiada de este delito.

[8] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 258.

[9] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. I, Tít. 6. De Electione, et electi potestate, No. 144.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

Por tanto, la edad fue un factor determinante para: la celebración de esponsales,[10] el matrimonio,[11] hacer testamento,[12] el trabajo,[13] los beneficios eclesiásticos,[14] entre otros. A los menores no les estaba permitido comparecer a un juicio, éstos debían hacerlo mediante los tutores[15] o curadores.[16] La excepción a esta regla se presentaba en las causas criminales que fueran de utilidad pública; y, cuando no existía otra manera de acreditar un delito, en estos casos se permitía que el menor compareciera,[17] pues de acuerdo con la costumbre, sus testimonios eran especiales sobre todo en los delitos de lesa majestad. Para las causas civiles, éstos podían ser testigos sólo cuando hubieran alcanzado la edad de 14 años.[18] En los casos que se dictara una sentencia en su contra sin la presencia del curador, tanto en el ramo civil como en el criminal, si ésta los perjudicaba se consideraba como nula, pero si los favorecía permanecía firme.[19]

Junto a la edad, se contemplaron otras circunstancias que limitaban el ejercicio pleno de los derechos y la aplicación estricta de las leyes, por lo que se distinguió la calidad de las personas, a las que muchas veces se equiparaba a los menores, para imponer sanciones y conceder derechos. Así, se previó que los locos, dementes, sordos, mudos, y los pródigos requerían de un tutor o un curador tanto para actuar o solicitar el cumplimiento de una acción como

---

10 La edad mínima requerida para celebrar los esponsales era de siete años, pues se estimaba que en ese momento se tenía "el suficiente uso de razón para las obligaciones de los mismos", véase Murillo Velarde. Cursus Iuris Canonici, Lib. IV, Tít. 2 De Desponsatione Impuberum, No. 42. La traducción se tomó de Murillo Velarde (2005), Vol. 3, Libro Cuarto, Pág. 505.

11 La edad para contraer matrimonio era de catorce años para el hombre y doce para la mujer, Véase Veracruz, Speculum, I Parte, Art. 39, Pág. 520.

12 Para la realización del testamento era necesario tener catorce años. Quien era menor de esta edad podía llegar a testar sólo en los casos que se probara que éste era capaz de dolo, véase Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 1 De los testamentos, Ley 13 Quien puede fazer testamento, e quien non, glosa *non pueden fazer*.

13 Solórzano Pereyra, Política Indiana, Libro II, Cap. 7, ¶33, Pág. 90.

14 Los niños menores de catorce años no podían ser elegidos para los beneficios eclesiásticos porque carecían de voz pasiva, Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. I, Tít. 6 De Electione, et electi potestate, No. 144; Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. III, Tít. 7 De Institutionibus, No. 78.

15 La tutela era la figura jurídica creada para proteger a los niños huérfanos libres que fueran menores de catorce años y las niñas que fueran menores de doce; el tutor tenía como encomienda vigilar y amparar tanto la persona, como los bienes de los que se consideraba no podían defenderse por sí mismos, así como procurar por su bienestar y su educación, véase Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 16 De cómo deven ser guardados los huérfanos, e los bienes que heredan después de muerte de sus padres, Ley I Que cosa es guarda, a que dizen en latin Tutela, e a quien deve ser dada.

16 El curador era a quien se encomendaba la guarda y custodia de una persona mayor de catorce años y menor de veinticinco, o mayor de esta edad que tuviese la locura o fuese desmemoriado. En los procesos penales era un requisito obligatorio la asistencia del curador a estas personas privilegiadas, pues sin su asesoría y acompañamiento el proceso se nulificaba. Véase Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 16 De cómo deven ser guardados los huérfanos, e los bienes que heredan después de muerte de sus padres, Ley 13 A quien deven ser dados guardadores, a que llaman en latin, Curatores. Gómez (1789), Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez, Parte Tercera, De los delitos, Cap. 1. De varios géneros y especies de delitos, § 32.

17 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 1 De Iudiciis, No. 4.

18 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 20 De Testibus et atestationibus, No. 149.

19 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 1 De Iudiciis, No. 4.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

para defenderse ante una acusación.[20] El género fue otras de las circunstancias excluyentes, pues se consagró que una mujer al igual que un menor era débil y, por tanto, era ilícito imponerles una pena grave.[21] La preparación académica también era considerada, pues, al maestro de leyes y de otros saberes no se le podía atormentar.[22]

Desde la perspectiva de los jurisconsultos, los años de vida eran determinantes para catalogar cierta capacidad en el actuar y, por tanto, atribuir una responsabilidad en la comisión de un acto considerado delito. La edad se convierte en el elemento sustancial para acreditar madurez y conciencia en un individuo. A más años vividos se estimaba que existía más capacidad y uso de razón para responder jurídicamente ante una autoridad sobre una conducta o que se tenía la aptitud para ser partícipe de un cargo o cumplir una función determinada. Por este motivo, fue fundamental establecer una catalogación de las edades, para así definir el uso de razón, la templanza, la responsabilidad y la malicia en cada una de ellas.

3. Infantes

Infantes se consideraban todos los nacidos hasta los siete años.[23] Esta etapa se caracterizaba por la falta de habilidad en el habla[24] o bien porque aun hablando no lograban comprender lo que expresaban, ya que en su conducta no existía juicio. Los pequeños de esta edad dedicaban gran parte de su tiempo a jugar con otros como ellos, a veces podían enojarse con facilidad o contentarse de forma espontánea.[25]

Los niños que no habían cumplido los siete años y que llegaban a cometer, en el fuero externo, un acto con malicia no podían recibir pena ni civil ni criminal, esto en virtud de que su actuar se consideraba que no encerraba dolo, es decir, tenían una capacidad limitada que los hacía ser "dignos de venia".[26] Se trata de una presunción consagrada en la ley a favor de los infantes, la cual no admitía prueba en contrario, por lo que siempre había que atender a su estado de inocencia. Por esta misma condición, los menores de siete años nunca podían rendir una declaración en calidad de confesos, pues ésta siempre sería nula.[27]

Esta incapacidad para el castigo encerraba cualquier acto delictivo, aún cuando se tratara de un homicidio, el menor no podía ser condenado, pues "no sabe ni entiende el error que

[20] Véase Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 1 De Iudiciis, No. 4.
[21] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 37 De poeniis, No. 324.
[22] Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 30 De los tormentos, Ley 2 Quien puede mandar atormentar, e que tiempo, e quales, Pág. 88 frente.
[23] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 258.
[24] Voz "Infante" en Covarrubias Horozco, Sebastián de, Tesoro de la lengua castellana o española, Pág. 1096.
[25] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. Quinto, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 258. Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. Segundo, Tít. 23 De Praesemptionibus, No. 199.
[26] Solórzano Pereyra, Política Indiana, Libro II, Cap. 28, Pág. 210, ¶30.
[27] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 18 De Confesiis, No. 131.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

hace",[28] la inocencia característica de su edad lo protegía de cumplir una pena dentro del fuero externo y civil.[29] De la misma manera, no podían ser sancionados en los casos de delitos de contumacia, enmienda, censura,[30] falsificación de moneda[31] y hurto.[32] La absolución se daba pues se consideraba que esa edad debía ser protegida por todas las autoridades, era preciso no corromperla, fatigarla o castigarla sino permitir más diversiones y actividades acordes a su estado.[33]

A pesar de que la regla aceptada era la no imposición de las penas a los menores de siete años, existían algunas excepciones. Por ejemplo, Murillo Velarde señala que, en los casos de adulterio o delitos de la carne, los infantes podían ser castigados cuando se probara que la malicia había superado la inocencia de su edad.[34] Para Solórzano Pereyra, los límites a la protección y excusa que se debía dar a los menores y a los rústicos, era el daño provocado a los demás y la certeza de que la gravedad superaba a la edad. Desde su parecer, la intención del derecho no era cubrir a quienes atentaban contra otros, pues aseguraba, si se partiera de ese principio se haría un daño palpable a aquel que ya hubiese padecido un menoscabo en su persona o en sus bienes.[35] Sin embargo, para estar en condiciones de imponer un castigo en estos casos era necesario que existieran pruebas firmes sobre esa mala intención en la infracción del precepto y no sólo presunciones sobre la comisión de tal falta.

De acuerdo con el derecho canónico, los niños estaban obligados a cumplir con los preceptos de la Iglesia cuando tuvieran uso de razón. Aunque se establecían tiempos fijos para participar en las diversas obligaciones espirituales, se facultaba a los confesores para determinar cuándo un menor tenía "el discurso, capacidad y entendimiento suficiente" para que acudiera a misa, se confesara y comulgara.[36] Lo que los niños sí debían hacer era aprender la doctrina cristiana[37] y oír misa entera todos los domingos cuando ya tuvieran uso de razón y

---

28 Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 8 De los Omexillos, Ley 3 Por que razones, e en que casos, no meresce pena de homicida aquel que mata, Pág. 29 frente.

29 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 196.

30 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 39 De Sententia Excommunicationis, Suspensionis, et Interdicti, No. 398.

31 Aunque se establece que el menor de diez años y medio no puede recibir pena en el cuerpo por el delito de falsificación de moneda, se contempla que quien esté a cargo de su guardia debe pagar "a la Cámara del rey la estimación de la casa". Véase Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 7 De las falsedades, Ley 10 Como la casa, o el lugar en que se faze moneda falsa, debe ser del Rey, Pág. 28 reverso.

32 Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 13 De los furtos, e de los siervos que furtan a sí mesmos; e de los que los consejan, o los esfuerzan, que fagan mal; e de los guardarores que fazen furto a los Menores, Ley 17 Como los que son menores de diez años e medio, e los locos, e los desmemoriados, non son tenudos a la pena del furto que fazen, Pág. 51.

33 Solórzano Pereyra, Política Indiana, Libro II, Cap. 12, Pág. 114, ¶35.

34 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 258.

35 Solórzano Pereyra, Política Indiana, Libro II, Cap. 28, Pág. 210, ¶31.

36 Peña Montenegro, Itinerario, Libro I, Trat. 4, Sección 6, No. 2.

37 Conc. III Lima, Actio II, Cap. 43, De scholis puerorum indicorum, Pág. 282.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

capacidad para pecar. En los casos que los padres no los enviasen a la parroquia, recibirían una amonestación por tal omisión.[38]

Para su instrucción, todos los días, los niños debían rezar en voz alta los elementos de la fe, y cuando "omitieren por negligencia" se impondría la pena de dos pesos por partes iguales al "hospital y al denunciante".[39] En caso de los niños indios, los preceptos no los obligaban sino hasta la edad de diez o doce años que era cuando podían tener uso de razón y un conocimiento más certero sobre los pecados que cometían.[40]

El estado de incapacidad y por tanto de irresponsabilidad de estos menores, a quienes protege "la inocencia de su juicio" era equiparable a la condición de un loco o un desmemoriado, a los cuales no se les podía acusar de algún ilícito que cometieren mientras prevalecía el padecimiento, pues eran "víctimas de la infelicidad de su desgracia".[41] Sólo en estos casos existía una responsabilidad para los parientes, cuando ellos no hacían una custodia efectiva del enfermo y éste provocaba un daño o un mal a los demás.[42]

Quienes también gozaban del privilegio de los menores eran los indios a quienes se consideraba como miserables, por su condición "humilde servil".[43] Al carecer de los elementos necesarios para ser juzgados como personas adultas y en uso total de sus facultades, el derecho les concedía la gracia y el beneficio de ser equiparados a un infante, pues se presumía que no existía el dolo y la mala fe en ellos,[44] que eran de "corto entendimiento",[45] y personas que vivían en la "simplicidad, ignorancia, embriaguez y pobreza"[46] con las cuales se debía tener piedad.

---

[38] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 9 De Feriis, No. 79; Conc. III Mex. Libro I, De doctrina christiana rubidus tradenda, Cura Parochorum in tradenda et explananda Doctrina, § 3, Pág. 16. Peña Montenegro, Itinerario, Libro I, Trat. 4, Sección 1, No. 6.

[39] Conc. III Mex. Libro I. De doctrina christiana rubidus tradendam, Id etiam Ludi Magistri exequantur, § 4, Pág. 17.

[40] Peña Montenegro, Itinerario, Libro I, Trat. 4, Sección 1, No. 9.

[41] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. Quinto, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 258. La traducción se tomó de Murillo Velarde (2005), Vol. 4, Pág. 196.

[42] Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 1 De las acusaciones que se fazen contra los malos fechos, e de los denunciamientos, e del oficio del judgador, que ha a pesquerir los malos fechos, Ley 9 Por quales yerros pueden ser acusados los menores, e por cuales non, Pág. 5.

[43] Para Solórzano Pereyra tienen la reputación de personas miserables aquellas que en virtud de su "estado, calidad y trabajos" se encuentran vulnerables y son compadecidas, entre éstos se hallan los indios, Solórzano Pereyra, Política Indiana, Libro II, Cap. 28, Pág. 206, ¶1. Gaspar de Villaroel, Gobierno Eclesiástico, Libro II, Cuestión 14, Art. III, Pág. 196.

[44] Por considerar que los indios son personas y se han de juzgar como a los menores en la comisión de los delitos, sus juicios deberán ser breves y de forma sumaría, sin atender a todos los formalismos que se seguirían en un proceso normal. Tendrán la amplia facultad de defenderse en los momentos que lo estimen pertinente y con los recursos, testigos, libelos y pruebas que deseen. Véase Solórzano Pereyra, Política Indiana, Libro II, Cap. 28, Pág. 209, ¶24-25.

[45] Conc. III Lima, Actio IV, Cap. 7, Indorum crimina ad forum ecclesiaticum spectantia, corporali potius, quam spirituali poena, esse punienda, Pág. 302.

[46] Peña Montenegro, Itinerario, Libro II, Trat. 1, Sección 3, No. 1.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

Por estos motivos, a los indios no se les podía imponer la pena de excomunión ni otras censuras y se debían sustituir las penas espirituales por otras corporales.[47] Por ello, para procurar su obediencia y buena instrucción en los mandamientos de la Iglesia y sobre todo cuando cometieran delitos graves como: "idolatría o apostasía; ceremonias y supersticiones de infieles; sacrilegios contra los sacramentos como el bautismo o el matrimonio; cuando no acudían a misa o a la enseñanza de la doctrina motivados por los vicios como las borracheras o amancebamientos" era necesario castigarlos.[48] Sin embargo, en los casos en que se debía imponer una pena, era preciso moderar los castigos, y en lugar de ser un juez represor o atenerse "al rigor del derecho"[49] debía fungir como un consejero que desea la reivindicación de su pupilo,[50] o como los padres que desean instruir y no sólo afligir a sus hijos.[51] Los que calificaban sus delitos debían tener presente siempre que los indios actuaban sin un conocimiento certero y sin plena voluntad, elementos fundamentales de los que actúan con malicia. Peña Montenegro reconoce tal protección, pero además puntualiza que la excepción a esta norma se actualiza cuando las acciones de los indios afectaban a un tercero, el cual estaba facultado para pedir la satisfacción por su ofensa o daño.[52]

De acuerdo con el Tercer Concilio de Lima, para la imposición de tales castigos se facultó sólo a los vicarios y jueces de la iglesia; a los curas no se les permitía sancionar con penas a los indios sin mediar una orden de su superior.[53]

Concluida la infancia, después de los siete años, y hasta los diez años y medio en los hombres y los nueve y medio en las mujeres se vivía la etapa conocida como *próxima a la infancia*.[54] Desde la perspectiva de Murillo Velarde, quienes vivían en este período y cometían alguna falta en el fuero externo, aunque no se les castigaba con severidad, pues se estimaba que actuaban sin dolo y por no tener un juicio certero, si se les hacía una amonestación, con el fin de que conocieran el sufrimiento que podía causar una pena.[55] El castigo sencillo pretendía mostrar cómo es que se sancionaba a quienes cometían un delito y las consecuencias que acarreaba el no cumplir con las disposiciones contempladas por la sociedad; pues al conocer el dolor no se acostumbrarían a cometer ilícitos. Esta corrección consagrada por Murillo Velarde difiere de la visión de las Siete Partidas, en las que se señalaba que los que fueran menores de diez años y medio y llegarán a cometer los delitos de hurto, homicidio, falsedad

[47] Conc. III Lima, Actio IV, Cap. 7, Indorum crimina ad forum ecclesiaticum spectantia, corporali potius, quam spirituali poena, esse punienda, Pág. 302.
[48] Conc. III Lima, Actio IV, Cap. 7, Indorum crimina ad forum ecclesiaticum spectantia, corporali potius, quam spirituali poena, esse punienda, Pág. 302.
[49] Solórzano Pereyra, De Indiarum Iure, Tomus. II, Lib. I, Cap. 27, No. 44, Pág. 199.
[50] Solórzano Pereyra, Política Indiana, Libro II, Cap. 28, Pág. 210, ¶28-29.
[51] Acosta, De procuranda Indorum salute, Libro III, Cap. 23, No. 23.
[52] Peña Montenegro, Itinerario, Libro II, Trat. 1, Sección 2, No. 1 y 2.
[53] Conc. III Lima, Actio IV, Cap. 8, De moderatione servanda in punitione, Pág. 303.
[54] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 258.
[55] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 258.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

o cualquier otro, serían excusados por las leyes por carecer en su persona de entendimiento y raciocinio de lo que hacían.[56]

Los menores próximos a la infancia se consideraban en igualdad de circunstancias en cuanto a la imposición de la pena que a los locos, furiosos o desmemoriados, a quienes no se podía culpar y sancionar por lo que hubieran hecho mientras se encontraban en su estado de disminución mental.[57] El impedimento para sentenciar sus actos obedecía a que se estimaba que éstos no gozaban de pleno dominio de su persona, por lo que "no hacían con seso y con tamaña culpa"[58] sus errores. La falta de conciencia y entendimiento en su ser los eximía de ser juzgados como a otros que sí hubiesen estado ciertos de lo que realizaban. Sin embargo, si la comisión de los delitos se presentaba durante momentos que tuviera lucidez, se hacía acreedor a un castigo que se imponía también mientras gozara del uso de razón.[59]

4. Impúberes

Quienes ya habían cumplido siete años se llaman *Impúberes*, esta etapa en los hombres terminaba a los catorce y en la mujer a los doce años.[60]

Por su condición se les protegía; se juzgaba que cuando llegaban a cometer un delito lo hacían con menos malicia y dolo que los que ya contaban con una edad más avanzada. Este cuidado no permitía que fueran castigados con la pena de muerte, ni con el tormento,[61] aun cuando hubiesen cometido un homicidio u otro delito capital.[62] Sin embargo, en los casos que hubieran perpetrado errores, se les podría acusar y si la participación en este delito fuera

---

56 Las Siete Partidas, Partida I, Tít. 1 Que fabla de las leyes e por quantas razones es este libro partido por títulos, e en qué manera, Ley 21 Quales pueden ser escusados por no saber las leyes; Partida VII, Tít. XXXI De las penas, Ley 8 Qué cosas deben catar los jueces ante que manden dar las penas, et por qué razones las pueden crescer, ó menguar ó toller.

57 Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 1 De las acusaciones que se fazen contra los malos fechos, e de los denunciamientos, e del oficio del juggador, que ha a pesquerir los malos fechos, Ley 9 Por quales yerros pueden ser acusados los menores, e por quales non; Tít. I. Que fabla de las leyes e por quantas razones en este libro partido por títulos, e en qué manera, Ley 21 Quales pueden ser escusados por no saber las leyes.

58 Las Siete Partidas, Partida I, Tít. 1 Que fabla de las leyes e por quantas razones es este libro partido por títulos, e en qué manera, Ley 21 Quales pueden ser escusados por no saber las leyes, Pág. 10 frente.

59 Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte III, Párrafo IX, Folio 198.

60 Véase Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 258.

61 La prohibición de dar tormento se encuentra también contemplada en las Partidas, en donde se equipara al menor con personas que por su condición no deben ser atormentadas: al caballero, al maestro de leyes o de otros saberes, a los consejeros del rey o de alguna ciudad y a la mujer preñada. El tormento también se encontraba vedado para las mujeres en los cuarenta días siguientes al parto, su debilidad le eximía de recibir la pena en ese tiempo, y si no se encontraba una nodriza que la supliera en su tarea maternal, el tormento no debía llevarse a cabo. Véase: López, Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 30 De los tormentos, Ley 2 Quien puede mandar atormentar, e en que tiempo, e quales, glosa a. Menor de catorze años y glosa f. Ordinarios, Pág. 88 reverso. Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte I, Párrafo XVI, Folio 229.

62 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 258.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

probada, no les imponían penas como se las darían a uno de mayor edad. En estos casos era necesario que la sanción fuera más leve, por ejemplo, se les podía "azotar con un palo delgado" cuando se consideraba al menor como reo principal.[63] También se debía disminuir la sanción en los casos que hubiesen errado con "el señor, contra el padre, contra un mayoral o contra el amigo".[64] Desde la perspectiva de Murillo Velarde, si un impúber con dolo cometía el delito de hurto, se podía entablar una acción contra él y todos los que participaron de una u otra manera.[65]

Tratándose del delito de adulterio y otros delitos de la carne como la fornicación y la lujuria no podían ser acusados ni castigados con pena alguna,[66] porque "no cae aún tal pecado en ellos"[67] a menos que se demostrara que en las acciones de los impúberes, la malicia era más fuerte que la edad; sin embargo, existía cierta indulgencia en la sanción a imponer. La razón para no castigarlos por la comisión de un delito de este tipo es que no existía un entendimiento para saber ni comprender qué es lo que hacían.[68] Razón por la cual no se establecía una justificación para imponer una pena, pues ésta no lograría reformar ni reivindicar la conducta de la que habían sido acusados.

Si un impúber llegaba a cometer un delito, el padre no estaba obligado a responder sobre las consecuencias de éste, salvo que él hubiese sido partícipe de dicho ilícito o se hubiese beneficiado de los resultados obtenidos.[69]

En lo concerniente a las faltas espirituales, el pecado de *omisión* de los impúberes no era castigado, ya que se estimaba que omitían más por imprudencia que por malicia. Sin embargo, cuando se probaba que prevalecía el dolo sobre la inocencia, sólo en esos casos se procedía a imponer la sanción establecida.[70] Por ejemplo, la pena de excomunión se daba a los impú-

---

63 Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 1 De las acusaciones que se fazen contra los malos fechos, e de los denunciamientos, e del oficio del judgador, que ha a pesquerir los malos fecho, Ley 9 Por quales yerros pueden ser acusados los menores, e por cuales non; López, Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 30 De los tormentos, Ley 2 Quien puede mandar atormentar, e en que tiempo, e quales, glosa a. Menor de catorze años, Pág. 88 reverso. Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte III, Párrafo IX, Folio 198.

64 Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 31 De las penas, Ley 8 Qué cosas deben catar los jueces ante que manden dar las penas et por qué razones las pueden crescer ó menguar ó toller.

65 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 18 De Furtis, No. 218. Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 259.

66 Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte I, Párrafo IX, folio 198; Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 1 De las acusaciones que se fazen contra los malos fechos, e de los denunciamientos, e del oficio del judgador, que ha a pesquerir los malos fechos, Ley 9 Por cuales yerros pueden ser acusados los menores, e por quales non.

67 Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 29 Como deven ser entregados los menores si algun daño, o menoscabo, recibieron en sus bienes por culpa de sí mismos, o de aquellos que los tuvieren en guarda, Ley 4 Como el menor se puede escusar de los yerros que oviere fecho por razon de la edad.

68 Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 1 De las acusaciones que se fazen contra los malos fechos, e de los denunciamientos, e del oficio del judgador, que ha a pesquerir los malos fechos, Ley 9 Por quales yerros pueden ser acusados los menores, e por cuales non, Pág. 5 frente.

69 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 259.

70 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 259.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

beres, cuando ya en uso de razón, se introdujeran en los monasterios de las monjas o en caso de que golpearan a un clérigo o a un monje.[71]

Desde la perspectiva de Peña Montenegro las penas de la Iglesia obligaban a partir de los diez años, sin embargo, a los padres se les permitía reprender a sus hijos con azotes cuando no acudían a misa y a la doctrina, pues era necesario cultivar desde los primeros años a esos pequeños para lograr una verdadera instrucción en la vida cristiana.[72] El ayuno les obligaba sólo a partir de la edad de 21 años.[73] Pero, de acuerdo a Murillo Velarde, después de los siete años debían procurar no comer carne, a menos que no tuvieran el uso de la razón.[74] Por su parte, en el Tercer Concilio Mexicano, se estableció que los mayores de quince años y menores de veinticinco, debía ir instruyéndose en los ayunos, por lo que recomendaba "en algunos días abstenerse de comer" para así crear una condición que permitiera cumplir los preceptos cuando fuera el momento indicado.[75] La excepción a esta regla se daba para los casos del jubileo, en los que el ayuno por tres días: miércoles, viernes y sábado, obligaba a los niños, a los enfermos y a los ancianos en caso de que desearan ganar las indulgencias.[76] En cuanto a los menores indios, Peña Montenegro explica la dificultad que existía para determinar si tenían los veintiún años, por lo que estableció que si no existía certeza de los años de vida de estos muchachos no se les obligaba al ayuno.[77]

Antes de entrar a la pubertad, se hallaba una etapa a la que se llamó *próxima a la pubertad*, ésta comprendía la edad de diez años y medio en los hombres y nueve y medio en la mujer.[78]

Si los menores de esta edad cometían los delitos de hurto, homicidio, lesiones o cualquier otro que fuese considerado como grave podían ser acusados por tal error, en caso de que su participación en el delito se confirmara, se les castigaba con una pena leve que nunca consistiría en atormentar su cuerpo o disminuir sus bienes como se haría con quienes ya eran

---

71 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. I, Tít. 2 De constitutionibus, No. 57; Lib. V, Tít. 39 De Sententia Excommunicationis, Suspensionis, et Interdicti, No. 417.

72 Peña Montenegro, Itinerario, Libro I, Trat. 4, Sección VI, No. 2.

73 Solórzano Pereyra establece como al igual que la ley mitiga las penas y no se les aplica con tanta severidad a los menores, la Iglesia también los libera del ayuno, condición que también se actualiza para los viejos, enfermos e impedidos que llegan a la edad de cincuenta y cinco años o sesenta años, Solórzano Pereyra, Política, Indiana, Libro II, Cap. VII, Pág. 90, ¶34, 38. Peña Montenegro por su parte señala los 21 años como inicio de la obligación del ayuno y termina a los 60 años para los hombres y 50 para las mujeres, Véase Peña Montenegro, Itinerario, Libro IV, Trat. 5, Sección 3, No. 1; Peña Montenegro, Itinerario, Libro IV, Trat. 5, Sección 3, No. 2.

74 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. III, Tít. 46 De observatione jejuniorum, No. 428.

75 Conc. III Mex. Lib. III, Tít. XX Ne Clerici, vel monachi regotiis secularibus se immisceant. Quinam jejunare debeant, § 3, Pág. 339.

76 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 38 De Penitentiis, et Remissionibus, No. 386.

77 Desde la perspectiva de Peña Montenegro con frecuencia los indios ignoraban su edad, por lo que menciona el procedimiento que se debía seguir para averiguar sus años y señala que se les debía preguntar hacia cuantos años habían empezado a tributar y agregar diez y ochos años, que fue cuando inició su actividad tributaria. Véase Peña Montenegro, Itinerario, Libro IV, Trat. 5, Sección 2, No. 1. Peña Montenegro, Itinerario, Libro IV, Trat. 5, Sección 3, No. 1.

78 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 258.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

mayores de edad.[79] Para la imposición del castigo debía observarse la intención con que se cometía tal ilícito, pues sólo estaba permitido sancionar cuando se probara que existía dolo en el acto. Esta sanción debía circunscribirse sólo a los delitos de acción y no a los de omisión o negligencia; por tanto, sólo cuando se trataba de actos o hechos podía existir una pena leve y cuando se hubiese faltado a una obligación el juez estaba impedido para imponer una pena,[80] aun cuando se percibiera la presencia del dolo.[81]

Se estimaba que los que vivían en la etapa llamada próxima a la pubertad, por cuestiones naturales tenían impotencia a causa de su edad, lo que los eximía de cometer los delitos de fornicación o lujuria, por lo que no podía imponérseles pena por tales conductas.[82]

Aunque existía un consenso casi generalizado respecto de cuáles eran las edades que determinaban los cambios biológicos y de personalidad, entre los jurisconsultos se previó que podían presentarse casos atípicos, en los que la edad no correspondería con los comportamientos manifestados por los menores. De acuerdo con Gregorio López, podrían existir casos en los que antes de los catorce años un menor alcanzara la pubertad, actuara con dolo y por tanto fuera castigado.[83] En estos casos el juez gozaba de su capacidad de arbitrio para determinar "el mayor o menor tiempo por la perspicacia del impúber" pues debían observarse "las mañas" que algunas veces se presentaban en quienes no cumplían la edad de catorce años y sobre todo analizar la existencia de la mala fe en el delito.[84]

Además de estipularse en las obras canónicas las penas vedadas y las permitidas para los menores, se consagraron impedimentos para otras personas en beneficio de aquellos que se estimaban como vulnerables, por ello se estipuló la prohibición para tomar como esclavos a aquellos niños varones que no hubiesen llegado a la edad de catorce años en el tiempo que

[79] Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 1 De las acusaciones que se fazen contra los malos fechos, e de los denunciamientos, e del oficio del juggador, que ha a pesquerir los malos fechos, Ley 9 Por quales yerros pueden ser acusados los menores, e por quales non, Pág. 5 frente.

[80] López, Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 1 De las acusaciones que se fazen contra los malos fechos, e de los denunciamientos, e del oficio del Judgador, que ha a pesquerir los malos fechos, Ley 9 Por quales yerros pueden ser acusados los menores, e por quales non, glosa n. Otro yerro, Pág. 5 frente. Gómez (1789), Compendio de las varias resoluciones ..., Parte Tercera, Cap. I, § 29.

[81] Las Siete Partidas, Partida VI. Tít. 29 Como deven ser entregados los menores si algun daño, o menoscabo, recibieron en sus bienes por culpa de si mismos, o de aquellos que los tuvieren en guarda, Ley 4 Como el menor se puede escusar de los yerros que oviere fecho por razon de la edad.

[82] Véase Gómez (1789), Compendio de varias resoluciones, Parte Tercera, Capítulo I, § 30.

[83] López, Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 1 De las acusaciones que se fazen contra los malos fechos, e de los denunciamientos, e del oficio del Judgador, que ha a pesquerir los malos fechos, Ley 9 Por quales yerros pueden ser acusados los menores, e por quales non, glosa l. Que lo podria cumplir, Pág. 5 frente.

[84] López, Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 1 De las acusaciones que se fazen contra los malos fechos, e de los denunciamientos, e del oficio del Judgador, que ha a pesquerir los malos fechos, Ley 9 Por quales yerros pueden ser acusados los menores, e por quales non, glosa a. Mayor de diez años y medio, Pág. 5 frente.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

fueran tomados como rehenes; en el caso de las mujeres éstas siempre tendrían la calidad de libres. Esta limitación se extendía aún en los casos de rebelión.[85]

5. Púberes

A partir de los catorce años en los hombres y desde los doce en las mujeres se inicia la etapa de la *pubertad*, la cual concluye a los veinticinco años. Cuando las personas se encontraban en este lapso de vida también se les llamaba *adolescentes o menores de edad*.[86] A un momento determinado de esta etapa Murillo Velarde y Solórzano Pereyra lo han llamado la *plena pubertad,* la cual se vive a los catorce años en la mujer y a los dieciocho en los hombres.[87]

Según las percepciones de los jurisconsultos, esta edad se caracterizaba por "la facilidad y la ignorancia" en las acciones.[88] Desde su parecer, los intereses de los jóvenes se concentraban en los juegos, la diversión, el dinero y algunas ocasiones por las inclinaciones hacia el vicio. Estas aficiones cambiaban con el transcurso del tiempo y las circunstancias; así, después, los hombres se preocupaban por ser personas de bien, por lograr tener honor y riqueza.[89]

Ya inmersos en la vida social, cuando alguno que se encontraba en esta etapa delinquía, el juez gozaba de arbitrio para mitigar o cambiar la pena ordinaria, siempre y cuando se actualizara una causa justa que permitiera aminorar la sanción que debería imponerse. Murillo Velarde ejemplificaba con la pena de muerte. Si uno de los llamados púberes era acreedor a una muerte calificada, el juez tenía la facultad de imponer la pena de muerte simple o incluso cambiarla a una pena de azotes.[90] Esta permisión en la graduación de la pena encontraba sustento en el reconocimiento que debía hacer el juez sobre la capacidad de raciocinio de quien había cometido un delito y en el entendimiento de que las penas ordinarias consagradas para los mayores de edad no debían imponerse a quienes aún no habían rebasado los veinticinco años.

Sin embargo, los juzgadores debían cerciorarse que la malicia, la atrocidad y la gravedad en la comisión de un delito nunca rebasaran la templanza y la benignidad propia de los que aún no eran mayores de edad, pues el derecho y sus constructos jurídicos no tenían la intención de favorecer a aquellos, se reconocía que al hacerlo se provocaría agravios a otras personas. Saber diferenciar entre las anteriores actitudes era un requisito básico para alcanzar el recato

---

85 Cedulario de Encinas, Libro IV, Cedula que no mostrando los señores de esclavos títulos sean libres los tales indios esclavos y las mujeres de cualquier edad que sean, y los varones de catorce años abajo no pueden ser esclavos, Fol. 370-371.

86 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 258.

87 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 258; Solórzano Pereyra, Política Indiana, Libro II, Cap. 7, Pág. 90, ¶33.

88 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 23 De Praesemptionibus, No. 199. La traducción se tomó de Murillo Velarde (2004), Vol. 2, Pág. 183.

89 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 23 De Praesemptionibus, No. 199.

90 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 259.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

y la sabiduría en la imposición de las penas.[91] El respeto a los otros se convierte así en un límite para la protección que se da a los menores; si bien, las normas reconocían su limitada capacidad, también advertían a los jueces sobre los grados de protección que debían brindarse en aras de no perjudicar a los demás.

Además del arbitrio permitido a los jueces para valorar la malicia con la que se había cometido un crimen, en las disposiciones coloniales se asentaron excepciones precisas a la protección de quienes aún no habían alcanzado la mayoría de edad; éstas permitían juzgar con mayor severidad en casos concretos a quienes hubiesen participado en un acto calificado de ilícito. Por lo que, si una persona que hubiera alcanzado la etapa de la pubertad cometía los delitos espirituales de herejía[92] y simonía, aunque no tuviese la edad de veinticinco años, se le podía considerar como mayor de edad y acreedora a la pena ordinaria. La misma situación se actualizaba en los crímenes muy graves, como el crimen de lesa majestad.

Para todos los delitos en los que la ley ordinaria no hubiese contemplado cuál sería el castigo si participaba una persona que aún no hubiese cumplido la edad de veinticinco años, se debía atender a los parámetros sobre quién podía y debía ser castigado y quiénes por su condición se les protegía y no podían ser sancionados. Los juzgadores estaban obligados en todo momento a observar la condición de la persona que había errado, debían cerciorarse de la edad que tenía en el momento de cometer un ilícito,[93] pues en función de las circunstancias particulares se podía disminuir o aumentar una pena tasada en la ley.[94] Considerar las características personales y las circunstancias en las que se delinquía era fundamental para actuar con justicia.

En cuanto a las obligaciones espirituales, Azpilcueta señala que los púberes o muchachos que no tenían la obligación de comulgar aun cuando fueran de quince o dieciséis años: la falta de devoción y reverencia los eximía.[95] Sin embargo, Peña Montenegro consagró que la capacidad y el recogimiento necesarios para acercarse a la comunión podía llegar a la edad de diez o doce años.[96] En cuanto a la confesión, no se señalaba la edad específica a partir de la cual debían acercarse los muchachos a manifestar sus culpas, sin embargo, se establecía que una vez que el hombre adquiría uso de razón debía acudir por lo menos una vez cada año para cumplir con el precepto eclesiástico de la confesión.[97] La obligación para los muchachos indios era aprender de memoria el catecismo y decirlo los días domingos y de fiesta.[98]

---

91 Solórzano Pereyra, Política Indiana, Libro II, Cap. 28, Pág. 210, ¶31.
92 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 7 De Haereticis, No. 69.
93 López, Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 31 De las penas, Ley 8 Que cosas deven catar los Juezes ante que manden dar las penas; e por que razones las pueden crescer, o menguar o toller.
94 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 37 De Poenis, No. 324.
95 Azpilcueta, Manual de Confesores, Capítulo 21. De los mandamientos de la Iglesia, ¶57, Fol. 384.
96 Peña Montenegro, Itinerario, Libro I, Trat. 4, Sección 1, No. 4.
97 Peña Montenegro, Itinerario, Libro I, Trat. 4, Sección 1, No. 2; Peña Montenegro, Itinerario, Libro I, Trat. 4, Sección, No. 6.
98 Conc. III Lima, Actio II, Cap. 3, De cathechismi editione et versione, Pág. 266.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

6. Mayores

Mayores son todos a partir de los veinticinco años.[99] Éstos eran acreedores a todas las penas ordinarias consagradas tanto en las leyes civiles como en las eclesiásticas. Así, quien omitiera o realizara algo contrario a lo consagrado en las disposiciones, era acreedor a las penas que le imponían pagar de forma pecuniaria o mediante una pena corporal el mal o el delito cometido. Se trataba de una sanción que buscaba, por un lado, reprobar la conducta de un individuo, y por el otro, ejemplificar lo que puede suceder si otro cometiera el mismo acto delictivo. Las cualidades que un hombre de esta edad debía cumplir y por las cuales podía ser prisionero en caso de haber participado en un pleito eran: no estar en poder de otro, ya fuera su padre o su guardador, y que sus facultades mentales y de memoria gozaran de libertad.[100]

La gran parte de los mayores podían recibir la pena de tormento excepto: el viejo decrépito, el hidalgo, el soldado que sirve al rey, el abogado, el juez o doctor, "el licenciado graduado en una de las cuatro universidades de las aprobadas del reyno",[101] la mujer preñada o parida, mientras convalecía del parto, es decir, durante los cuarenta días posteriores, pero este tiempo de impedimento del tormento se prolongaba por el tiempo que fuera necesario para criar con sus pechos a la criatura, esto siempre y cuando no existiera otra mujer que pudiera hacerlo;[102] si no se encontraba a una mujer que la supliera en su tarea maternal, la pena no se aplicaría hasta que el recién nacido se hubiese "destetado".[103]

Por lo que toca a los ancianos, cuando fueran acusados por la comisión de un delito y la ley estableciera como pena ordinaria la muerte se le podía imponer, si "la mereciere"; sin embargo, en las demás penas que no se ocuparan de la pérdida de la vida, el juez estaba obligado a disminuir la sanción a los ancianos y no juzgarlos de la misma manera que a los hombres jóvenes y robustos.[104]

Otras personas protegidas por el derecho eran los sordos y los mudos a quienes no se les podía acusar de algún delito y no debía imponérseles penas ordinarias, como el tormento, a menos que se probara que habían actuado con entendimiento y uso de razón. Además, se les

---

[99] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Lib. V, Tít. 23 De delictis puerorum, No. 258. López, Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 29 Como deven ser entregados los menores si algun daño, o menoscabo, recibieron en sus bienes por culpa de si mismos, o de aquellos que los tuvieren en guarda, Ley 2 Quales son aquellos menores que pueden demandar la entrega, e por que razones, Pág. 112 frente.

[100] López, Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 5. De los personeros, Ley 2. Quién puede facer Personero, Pág. 32 frente.

[101] Villadiego y Vascuñana y Montoya (1788), Instrucción política y práctica judicial, Cap. III. Del pleyto criminal de oficio de justicia, ó á pedimento de parte, Tít. Del dar tormento, No. 322, Pág. 92.

[102] Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte I, Párrafo XVI, Folio 229.

[103] Villadiego Vascuñana y Montoya (1788), Instrucción política y práctica judicial, Cap. III Del pleyto criminal de oficio de justicia, ó á pedimento de parte, Tít. Del dar tormento, No. 349, Pág. 94.

[104] Villadiego Vascuñana y Montoya (1788), Instrucción política y práctica judicial, Cap. III Del pleyto criminal de oficio de justicia, ó á pedimento de parte, Tít. Del pleyto criminal á pedimento de parte, No. 163, Pág. 77.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

consideraba incapaces para rendir una confesión que fuese clara, requisito indispensable en los asuntos criminales.[105]

De acuerdo con algunos jurisconsultos, los borrachos,[106] aun estando en la mayoría de edad, se exceptuaban de la aplicación ordinaria de la ley. Si éstos llegaban a cometer el delito de homicidio u otro crimen en el momento de su embriaguez, el juez tenía la facultad para imponer una "pena leve" de forma arbitraria,[107] en virtud de que en su actuar no había dolo, pero sí se presentaba la culpa.[108] Para el caso de los indios que embriagados hicieran algún pecado, el juez debía partir del supuesto que no tenían conocimiento y malicia de los actos que cometían.[109] A pesar de que existía tal disposición, en la glosa de Gregorio López se señala que la orden de no aplicar la pena ordinaria a quien por embriaguez asesinaba a otro fue materia de discusión entre los diversos jurisconsultos, pues para algunos no era una causa justa exentar de pena a aquel que hubiese delinquido a causa del vino.[110] Robustece tal argumento Peña Montenegro, quien estima que los delitos cometidos bajo el influjo de bebidas alcohólicas debían considerarse de forma distinta en función del conocimiento previo que tenía la persona que los cometía; si aun siendo consciente que él podía delinquir con el alcohol y aun así bebía, se le podían imputar tales delitos.[111]

Además de los borrachos, quienes gozaban de privilegios en la imposición de las penas eran los que en sueños cometían algún delito, se estimaba que si éstos no tenían la costumbre de levantarse no se hacían acreedores a ninguna pena, pero si ellos eran conscientes de su mal, y no "se encerraban" el juez les impondría un castigo de forma arbitraria.[112] Se exceptuaba de la imposición de las penas a tales personas porque se consideraba que no existía: conocimien-

---

105 Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Parte III, Párrafo IX, Folio 198. Villadiego Vascuñana y Montoya (1788), Instrucción política y práctica judicial, Cap. III Del pleyto criminal de oficio de justicia, ó á pedimento de parte, Tít. Del Pleyto criminal á pedimento de parte, No. 163, Pág. 77.

106 Por lo que toca a los indios que embriagados cometieran algún delito, Peña Montenegro estima que ellos no hacen pecados cuando se encuentran en ese estado, y si llegaran a cometer algún delito no deben ser juzgados con dureza, al contrario, debe considerárseles con piedad ante la plena voluntad de sus actos, Peña Montenegro, Itinerario, Libro II, Trat. 7, Sección 3, No. 2.

107 Villadiego Vascuñana y Montoya (1788), Instrucción política y práctica judicial, Cap. III Del pleyto criminal de oficio de justicia, ó á pedimento de parte, Tít. Del pleyto criminal á pedimento de parte, No. 165, Pág. 77.

108 Gómez (1789), Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gomez, Parte Tercera. De los Delitos, Cap. I De varios géneros y especies de delitos, § 40.

109 Peña Montenegro, Itinerario, Libro II, Trat. 7, Sección 3, No. 2.

110 Véase la nota 38 de López, Las Siete Partidas, Partida VII, Tít. 8 De los Omexillos, Ley 5 Como aquel que mata a otro por ocasion que nasce por culpa del mismo, meresce por ende la pena, edición anotada por D. Ignacio Sanponte y Barba, D. Ramón Marti de Eixala, y D. José Ferrer y Subibana, Barcelona, 1844.

111 Peña Montenegro, Itinerario, Libro II, Trat. 7, Sección 3, No. 1.

112 Villadiego Vascuñana y Montoya (1788), Instrucción política y práctica judicial, Cap. III Del pleyto criminal de oficio de justicia, ó á pedimento de parte, Tít. Del pleyto criminal á pedimento de parte, No. 165, Pág. 77.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

to pleno, voluntad y consentimiento. A lo sumo, sus pecados podían ser considerados como veniales por la imperfección de su error.[113]

7. Balance historiográfico

La historiografía sobre los delitos cometidos por los niños parte de la perspectiva de la protección que se daba a aquellos que se consideraban como personas incapaces para ser sancionadas. En los estudios se advierten las dificultades procesales que surgían en el desarrollo del procedimiento. En especial se pone de relieve el gran papel que jugó el arbitrio judicial en las causas de menores, pues eran los jueces quienes finalmente debían decidir sobre la inocencia de su actuar o determinar si la malicia y el dolo con el que habían procedido superaba su estado.[114] Desde esta perspectiva, el papel de los aplicadores del derecho y las garantías concedidas a los menores se convirtieron en temas indisolubles al hablar de los ilícitos cometidos por los niños.

Se cuenta con estudios locales como los trabajo de Bianca Premo, quien plantea como en la aplicación de la justicia durante el siglo XVIII en la Lima virreinal, permaneció una palpable desigualdad, que nacía desde los mismos ordenamientos, donde los privilegios o condiciones de los menores: casta, clase social y género fungían como atenuantes indiscutibles en la aplicación de las penas.[115] Tanto acerca del tribunal en el que se debía de litigar, como en la imposición de las penas, se diferenciaba en función de la calidad de la persona que acudía al litigio o a la causa. Sin embargo, se denota cómo desde la práctica y de acuerdo con los intereses, con frecuencia no se respetaba ese derecho positivo impuesto, por lo que no siempre se atenía a lo estipulado por las normas.[116]

Por lo que toca a las investigaciones de historia social, existen avances en el estudio de la infancia, que se pueden inscribir bajo cuatro líneas temáticas: instituciones asignadas al cuidado de la infancia, regímenes correctivos, procesos escolares y la infancia como una experiencia.[117] En las investigaciones se muestra cómo era y cómo se transformó la protección a los niños por las condiciones propias de la vida cotidiana en el Nuevo Mundo,[118] y estudios locales sobre la vida de los jóvenes en escuelas e instituciones.[119] Objeto de análisis ha sido el caso de los niños expósitos (abandonados) y la protección institucional que se dio a éstos

113 Peña Montenegro, Itinerario, Libro II, Trat. 7, Sección 4, No. 1 y Peña Montenegro, Itinerario, Libro II, Trat. 7, Sección 3, No. 2.
114 Tomás y Valiente (1969), Torres Aguilar (1998-1999), Andrés Santos (2013).
115 Premo (2000 y 2002).
116 Alonso Romero (2008), Torres Aguilar (2010), Beccaria (1969).
117 Herrera y Cárdenas (2013).
118 Premo/González (2007), Díaz Barriga (2012), Guerra Araya (2012).
119 Premo (2005).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

en Lima,[120] la ciudad de México,[121] y Santa fe de Bogotá.[122] Así mismo, ha sido materia de estudio el caso de los niños esclavos, en particular para Rio de Janeiro[123] y la violencia vivida por los niños en Chile en la etapa colonial.[124]

Sobre la educación cristiana que se daba a los niños y jóvenes en la época colonial se destacan los estudios sobre cómo se construía la niñez en la vida religiosa[125] y los valores inculcados a los jóvenes para que fueran buenos cristianos.[126] Es importante destacar el trabajo de Bianca Premo sobre el estado de miedo que se vivía en los procesos ante las cortes eclesiásticas en Lima, Perú.[127]

Los anteriores trabajos representan importantes aportaciones, sin embargo, por lo que toca a la historia jurídica, es necesario profundizar en la casuística suscitada en los tribunales.Las vetas de investigación que plantea tal cuestión son amplias, pues nos permitirán comprender cómo fue la aplicación de la justicia para aquellos que desde los ordenamientos jurídicos se estimaban como incapaces por su falta de uso de razón y cómo los aplicadores de tales normas consideraron desde su función a estas personas.

8. Bibliografía

Fuentes primarias del corpus

Alfonso García-Gallo (ed.), Cedulario de Encinas. Estudio e índices de Alfonso García-Gallo, 4 Vol., Madrid, 1990.

Alonso de la Peña Montenegro, Itinerario para Parochos de Indios …, En Madrid, Por Ioseph Fernández de Buendía, 1668.

Alonso de la Veracruz, Speculum Conivgiorum, Salamanticae, Excudebat Andreas à Portonariis S.C. M. Typographus, 1562.

Concilium Limense celebratum anno 1583 sub Gregorio XIII …: iussu catholici regis Hispaniarum atq (ue) Indiarum, Philippi Secundi, Madriti, Ex officina Petri Madrigalis Typographi, 1591.

Gaspar de Villaroel, Gobierno Eclesiástico-Pacífico y unión de los dos cuchillos pontificio y regio, 2 Vol., Madrid, En la oficina de Antonio Marín, 1738.

Gregorio López de Tovar, Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono nuevamente glosadas, Salamanca, 1555.

120 Mannarelli (2007).
121 Ávila Espinosa (1994).
122 Ramírez (2000).
123 Florentino/Pinto de Goés (2007).
124 Guerra Araya (2012).
125 Lavrín (2007).
126 Gonzalbo Aizpuru (2007).
127 Premo (2007).

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

José de Acosta, De promulgando Evangelio apud barbaros, sive de procuranda indorum salute, libri sex, Sumptibus Laurentii Anisson, Ludvni, 1670.

Juan de Solórzano Pereyra, Disputationen de Indiarum Iure, sive de Iusta Indiarum Occidentalium Inquisitione, Acquisitione, et Retentiones Tribus Libris Comprehensum, 2 vols. Matriti, ex typographia Francisci Martínez, anno 1629.

Juan de Solórzano Pereyra, Política Indiana, 2 Tomos, Madrid, En la Imprenta Real de la Gazeta, 1776.

Juan Hevia de Bolaños, Curia Philipica, Madrid, Por Ramón Ruiz, de la Imprenta de Ulloa, 1740.

Martín de Azpilcueta, Manual de Confessores y penitentes, en Casa de Andrea de Portonariis, Impresor de S. C. Magestad, Salamanca, 1556.

Pedro Murillo Velarde, Cursus juris canonici, hispani et incidi in quo, juxta ordinem titularum decretalium non solum canonicae decisiones…, 3. Ed., Matriti, Typografhia Ulloae a Romane Ruíz, 1791.

Sanctum provinciale concilium Mexici celebratum anno dni millessmo quingentessmo octuagessimo quinto, apud loannem Ruiz, Excudebatq(ue), Mexici, 1622.

Fuentes primarias adicionales

Covarrubias Horozco, Sebastián de, Tesoro de la lengua castellana o española, Edición integral e ilustrada de Ignacio Arellano y Rafael Zafra, Universidad de Navarra, Iberoamericana, Vervuert Real Academia Española, Centro para la Edición de Clásicos Españoles, 2006 (Primera edición en 1611).

Gómez, Antonio, Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez, en que se contiene todo lo substancial de estas, y se ponen muchas notas de más útiles é importantes del Antillón y Suarez con otras diversas no menos necesarias que comprueban, ilustran, corrigen o explican la doctrina epitomada: habiéndose tenido presentes para unas y otras las novedades introducidas en nuestro Derecho Hispánico, ya por la práctica contraria, y ya por las órdenes, cédula, pragmáticas y decretos que hasta el día se han promulgado. Compuesto en obsequio de los jóvenes facultativos por el Licenciado Don Joseph Márcos Gutierrez, Abogado de los Reales Consejos, Madrid, Imprenta de Don Benito Cano, 1789.

Las Siete Partidas del sabio rey D. Alfonso el IX, con la glosa de Gregorio López, vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas sobre la legislación española, antigua y moderna, por D. Ignacio Sanponte y Barba, D. Ramón Marti de Eixala y D. José Ferrer y Subibana, Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes, 1844.

Murillo Velarde, Pedro (2004), Curso de Derecho Canónico Hispano e Indiano, Trad. Alberto Carrillo Cázares [et al.], Vol. 2, 4 Vols., Zamora: El Colegio de Michoacán - UNAM, Facultad de Derecho.

Murillo Velarde, Pedro (2005), Curso de Derecho Canónico Hispano e Indiano, Trad. Alberto Carrillo Cázares [et al.], Vol. 3, 4 Vols., Zamora: El Colegio de Michoacán - UNAM, Facultad de Derecho.

Novísima Recopilación, en Códigos Antiguos de España. Colección completa de todos los códigos de España, desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación, publicada por Marcelo Martínez Alcubilla, 2 volúmenes, Madrid, J. Lopez Camacho, 1885.

Villadiego Vascuñana y Montoya, Alonso de, Instrucción política y práctica judicial, conforme al estilo de los consejos, audiencias y tribunales de corte, y otros ordinarios del reino, Madrid, Benito Cano, 1788.

Fuentes secundarias

Alonso Romero, Ma. Paz (2008), Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

Andrés Santos, Francisco Javier, Luis Carlos Amezúa Amezúa (2013), La moderación de la pena en el caso de las personae miserabiles en el pensamiento jurídico hispano-americano de los siglos XVI y XVII, en: Revista de Historia del Derecho, No. 45, Buenos Aires: INHIDE, Págs. 245-264.

Ávila Espinosa, Felipe (1994), Los niños abandonados de la Casa de Niños Expósitos de la Ciudad de México, 1767-1821, en: Gonzalbo Aizpuro, Pilar, Cecilia Rabell (coords.), La familia en el mundo iberoamericano, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Págs. 265-310.

Beccaria, Cesare (1969), De los delitos y de las penas. Introducción, notas y trad. de Francisco Tomas y Valiente, Madrid: Aguilar.

Díaz Barriga Cuevas, Alejandro (2012), La representación social de la infancia mexica a principios del siglo XVI, en: Sosenski, Susana, Elena Jackson Albarrán (coords.), Nuevas miradas a la historia de la infancia en América Latina: entre prácticas y representaciones, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, Págs. 23-62.

Florentino, Manolo, José Roberto Pinto de Goés (2007), Morfologías de la infancia esclava. Río de Janeiro, siglos XVIII y XIX, en: Rodríguez Jiménez, Pablo, María Emma Mannarelli (coords.), Historia de la infancia en América Latina, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Págs. 171-186.

Gonzalbo Aizpuru, Pilar (2007), Introducción a la historia de la vida cotidiana, México: El colegio de México.

Guerra Araya, Natalie (2012), Representaciones del cuerpo-niño. Desprotección y violencia en el Chile colonial, en: Sosenski, Susana, Elena Jackson Albarrán (coords.), Nuevas miradas a la historia de la infancia en América Latina: entre prácticas y representaciones, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, Págs. 63-89.

Herrera, M. C., y Cárdenas Palermo, Y. (2013), Tendencias analíticas en la historiografía de la infancia en América Latina, en Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura, vol. 40, Págs. 279-311.

Lavrín, Asunción (2007), La construcción de la niñez en la vida religiosa. El caso novohispano, en: Rodríguez Jiménez, Pablo, María Emma Mannarelli (coords.), Historia de la infancia en América Latina, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Págs. 121-144.

Mannarelli, María Emma (2007), Abandono infantil, respuestas institucionales y hospitalidad femenina. Las niñas expósitas de Santa Cruz de Atocha en la Lima Colonial, en: Rodríguez Jiménez, Pablo, María Emma Mannarelli (coords.), Historia de la infancia en América Latina, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Págs.145-170.

Premo, Bianca (2000), Pena y protección: delincuencia juvenil y minoridad legal en Lima virreinal, siglo XVIII, en: Histórica (Lima, Perú), 24, No. 1, Págs. 85-120.

Premo, Bianca (2002), Minor offenses: Youth, Crime and Law in Eighteenth-Century Lima, in: Hecht, Tobias (ed.), Minor Omissions: Children in Latin American History, Madison: University of Wisconsin Press, Págs. 114-138.

Premo, Bianca (2005), Children of the Father King: Youth, Authority and Legal Minority in Colonial Lima, Chapel Hill: University of North Carolina Press.

Premo, Bianca (2007), "Estado de miedo": edad, género y autoridad en las cortes eclesiásticas de Lima, siglo XVII, en: Rodríguez Jiménez, Pablo, María Emma Mannarelli (coords.), Historia de la infancia en América Latina, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Págs. 187-212.

Premo, Bianca, Ondina González (ed.) (2007), Raising an Empire: Children in Early Modern Iberia and Colonial Latin America, Albuquerque: University of New México Press.

Ramírez, María Himelda (2000), Expósitos, mendigos y montes píos en la época colonial. La asistencia social y la beneficencia en Santafé de Bogotá, en: Revista Credencial Historia, No. 129.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545

Ruiz Torres, Pedro (2007), Reformismo e Ilustración (Historia de España), Vol. V, Barcelona, Editorial Crítica.

Tomás y Valiente, Francisco (1969), El Derecho Penal de la monarquía absoluta (siglos XVII-XVIII), Madrid: Tecnos.

Torres Aguilar, Manuel (1998-1999), Un menor ante la Inquisición de Sevilla: el "asesinato ritual" del niño de Cádiz, en: Revista de historia moderna: Anales de la Universidad de Alicante Vol. 17, Págs. 279-310.

Torres Aguilar, Manuel (2010), Del Derecho penal indiano al Derecho penal codificado: supervivencias en la primera codificación penal hispanoamericana, en: Guzmán Brito, Alejandro (ed.), El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los Derechos patrios de América. Actas del Decimosexto Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano celebrado en Santiago de Chile, desde el 29 de septiembre al 2 de octubre de 2008, Volumen 2, Santiago de Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Págs. 859-873.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3320545